



Universidad  
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Embid Irujo, José Miguel. El lugar de la fundación en el Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 397-412. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21012>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

# EL LUGAR DE LA FUNDACIÓN EN EL CÓDIGO MERCANTIL\*

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO\*\*

## Resumen

En el presente trabajo se intenta precisar si un Código Mercantil de nuestro tiempo ha de ocuparse de regular las fundaciones, bien de manera exclusiva, bien complementando su tradicional tratamiento específico. No parece discutible que un cuerpo legislativo semejante habría de dedicar atención a las fundaciones que ejerzan actividades empresariales, siéndoles de aplicación, en principio, el estatuto jurídico previsto con carácter general para todos los empresarios. El Anteproyecto de Código mercantil no menciona expresamente a dichas personas jurídicas a la hora de delimitar su presupuesto subjetivo; no obstante, favorece la inserción en sus previsiones no sólo de las fundaciones empresarias, precisamente por tener tal carácter, sino también de las que puedan merecer el calificativo de “operadores de mercado”, concepto con arreglo al cual se delimita subjetivamente su ámbito de aplicación.

## Contenido

1. Introducción: el tradicional desinterés de los códigos de comercio por las fundaciones. – 2. Algunas cuestiones previas. – 2.1. La vocación de totalidad de los códigos. – 2.2. La singularidad de la fundación empresaria. 2.3. La fundación como operador del mercado. – 3. ¿Cuál debería ser el lugar de la fundación en un Código Mercantil de nuestro tiempo? – 3.1. Premisa. – 3.2. Apuntes sobre los criterios de inserción de la fundación empresaria en un Código Mercantil contemporáneo. – 3.2.1. El punto de partida. – 3.2.2. Ubicación y alcance del régimen de la fundación empresaria en el Código Mercantil. – 3.3. Sobre la inserción de la fundación, como mero operador del mercado, en un Código Mercantil contemporáneo. – 4. ¿Cuál es el lugar de la fundación en el ACM? – 4.1. Premisa: la fundación no existe nominalmente para el ACM. – 4.2. La fundación empresaria y el ACM. – 4.3. La fundación como operador del mercado y el ACM. 5. Consideraciones finales.

---

\* El presente trabajo se integra en el proyecto de investigación “La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo” (DER2013-44438-P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que es investigador principal el autor. Por el tema tratado y por las limitaciones de espacio ha parecido conveniente prescindir de las cuestiones puramente dogmáticas, reduciendo al mínimo las notas a pie de página y el aparato crítico.

\*\* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL TRADICIONAL DESINTERÉS DE LOS CÓDIGOS DE COMERCIO POR LAS FUNDACIONES

El título del presente trabajo, dedicado con toda cordialidad al prof. Rafael Illescas, puede ser calificado, desde un punto de vista tradicional, como paradójico, extraño y aun contradictorio. Y el motivo de esa aparente perplejidad del lector no es difícil de expresar: hablar, a la vez, de “fundación” y “código mercantil”, no sólo en el contexto de la reforma del Derecho Mercantil español, como si entre ambos elementos hubiera una relación natural y estable, podría parecer, con esa misma perspectiva, un grave error conceptual, cuyas razones resultan evidentes; así, un código mercantil es una pieza legislativa destinada a regular la organización y la actividad de unos sujetos, denominados empresarios, orientados en su funcionamiento a la obtención de una ganancia repartible, y la persona jurídica llamada fundación es reconocida por el ordenamiento –desde luego, el español– a los solos efectos de la realización de un fin de interés general, careciendo, por ello mismo, de ánimo de lucro.

Sobre la base de los anteriores argumentos, que siguen manteniendo en nuestros días una cierta vigencia, se explica, entonces, el tradicional desinterés de los códigos de comercio por las fundaciones, que vendrían a ser, de acuerdo con lo indicado, un “cuerpo extraño” para la codificación mercantil. Con todo, no parece posible mantener incólume dicho criterio, a la vista, en particular, de una serie de relevantes matices que permitirían superar, de adoptarse una política jurídica coherente, el mencionado desinterés. En tal sentido, como es bien sabido, el ánimo de lucro ha dejado de ser, desde hace tiempo, un rasgo diferenciador de la figura del empresario, como se pone de manifiesto, no sin objeciones, en diferentes sectores de nuestro ordenamiento, sobre todo en el Derecho de sociedades. Del mismo modo, y con antigüedad también destacada, se admite, como criterio general, que una fundación ejerza actividades empresariales, lo que en el caso de su realización directa, sin interposición de sociedades participadas, acarrearía para ella, según la opinión dominante, la calificación de empresario. Al lado de esta última realidad, y de acuerdo con el propósito de nuestro estudio, ha de tenerse en cuenta el hecho, igualmente actual, de que muchas fundaciones, sin desempeñar propiamente actividades empresariales, están presentes con regularidad en el mercado como auténticos operadores, noción doctrinal esta última de la que se ha hecho eco, por otra parte, el Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante, ACM).

De esta doble constatación, es decir que, de un lado, hay empresarios plenamente mercantiles sin finalidad lucrativa y, de otro, existen fundaciones empresarias, sin perjuicio de que muchas otras puedan considerarse auténticos operadores del mercado, no se ha extraído, al menos en nuestro país, todas las consecuencias pertinentes. Marginaremos, en el presente estudio, la primera vertiente, sobre la cual, por otro lado, cabe encontrar en nuestra doctrina suficientes aportaciones de calidad. Más interés tiene, por el contrario, concentrar la atención en la segunda, no tanto en lo que se refiere a la delimitación de la fundación empresarial o al concepto de “operador del mercado”, tareas, por lo demás, a las que será necesario referirse en el curso de la exposición, sino respecto de su posible inserción en un auténtico código mercantil. Inserción, por otro lado, cuyos perfiles intentaremos trazar desde la

perspectiva de un hipotético código de tal naturaleza, pero también desde la perspectiva concreta del ACM, que por ser un texto *in itinere*, es susceptible no sólo de la consuetudinaria interpretación normativa, sino de un análisis crítico y reconstructivo.

## 2. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

### 2.1. La vocación de totalidad de los códigos

Dedicar algunas reflexiones al posible relieve de una figura, como la fundación, en un hipotético (y contemporáneo) código mercantil puede parecer una tarea puramente especulativa y, por ello mismo, de escaso o, incluso, nulo interés. Sin negar que en esta crítica hay una indudable cuota de acierto, resulta pertinente el planteamiento indicado por diversas razones, algunas de las cuales se han expuesto ya en el epígrafe anterior. De entrada, no puede calificarse de especulativa una idea que se deduce de la propia naturaleza de las cosas; nada más lógico, en principio, que ubicar en el código mercantil (sea éste el que fuera) a todos los sujetos que merezcan, con arreglo a los criterios pertinentes, la calificación de empresarios.

Aunque el paso del tiempo permita relativizar el planteamiento, al menos en parte, cualquier código, incluido, por supuesto, el mercantil, tiene, por su propia naturaleza, vocación de totalidad; dicho de otro modo, nada que tenga que ver con la delimitación de su campo de aplicación, tanto desde la vertiente subjetiva como objetiva, puede resultar, en principio, ajeno a su contenido. Es indudable que el modo de realizar dicha vocación varía notablemente si comparamos los códigos decimonónicos con los ejemplos actuales de codificación mercantil. Frente al criterio, si se quiere rígido y un tanto estático, que distingue a los primeros, tal y como puede apreciarse todavía en el vigente código de comercio español, en los segundos se aprecia una mayor flexibilidad y un evidente pragmatismo, características quizá derivadas de etapas anteriores, sobre todo en el último tercio del pasado siglo, en las que se teorizó extensamente sobre la aparente decadencia de la idea codificadora. En este sentido, el ACM es un documento representativo de la tendencia indicada, a cuya consolidación pueden contribuir, además de otras razones de fondo en las que ahora no podemos entrar, algunas innovaciones de técnica legislativa, como es la fórmula “a Derecho constante”, basada en el ejemplo del vigente código francés.

Pero esa vocación de totalidad no suele ser incompatible, tanto en el pasado con el presente, con la exclusión del código de ciertas figuras o instituciones que, *prima facie*, habrían de regularse en él, si se siguiera fielmente la política jurídica que ha dado fundamento a su elaboración. Razones diversas que van desde la dificultad técnica inherente a su regulación hasta la simple conveniencia (sea ésta la que fuera) pueden explicar, que no siempre justificar, tales ausencias. Ello no impide, sin embargo, que esas figuras “desaforadas” hayan de quedar por completo al margen de las previsiones establecidas en el código, sobre todo si éste contiene algunas normas de carácter general, comunes a todas las instituciones susceptibles de incluirse en su “programa normativo” o si, en su defecto, se regula una figura con la que guarde estrecha semejanza aquella



que quedó fuera del código. En tales casos, el régimen de esta última vendrá integrado por la normativa codificada que sea aplicable junto con la que específicamente haya podido preverse para ella en disposiciones particulares.

## 2.2. La singularidad de la fundación empresaria

El caso de la fundación empresaria viene a ser un ejemplo destacado de lo que se acaba de decir. De entrada, la propia figura ha sido, durante bastante tiempo, objeto de intensas controversias, no apagadas en nuestros días, sobre su misma admisibilidad. Aceptada ésta desde un punto de vista doctrinal<sup>1</sup> y, sobre todo, práctico, la política legislativa al respecto se ha desarrollado con extrema prudencia, hasta el punto de que, en nuestros días, son escasos los ordenamientos que la contemplan de manera expresa, siendo uno de ellos, precisamente, el español. Y el acercamiento normativo a la fundación empresaria se ha caracterizado, además de por la escasez de regulación, por su plena inserción en el Derecho de fundaciones, sin vínculo alguno, al menos aparente, con los códigos de comercio. La cuestión es significativa, si bien no puede ser examinada aquí con detalle, y sólo cabe decir que, para el legislador, lo verdaderamente decisivo a la hora de contemplar, en su caso, la figura que nos ocupa, ha sido destacar, por encima de todo, su estricta naturaleza fundacional.

Sobre la base de este criterio, además de por las propias dificultades de ordenación normativa, se entiende que la fundación empresaria no sea vista como una modalidad especial de dicha categoría de personas jurídicas, ni tan siquiera como una variedad necesitada de alguna mención propia; en tal sentido, el fin principal, y prácticamente único, de su reconocimiento legislativo ha sido darle plena legitimidad, previendo, a lo sumo, y como sucede en el Derecho español, las dos grandes formas en que se puede articular el ejercicio de la actividad empresarial: bien llevándola a cabo de modo directo, lo que se conoce con la clásica denominación de “fundación-empresa”, bien interviniendo en ella a través de su participación en una sociedad mercantil, supuesto identificado en los últimos años mediante la fórmula “fundación con empresa”. Con esta orientación de política jurídica y de ordenación normativa son muchos los problemas, como es bien sabido, que quedan irresueltos, sin ofrecerse, al mismo tiempo, pistas sólidas desde las que pueda trazarse por la doctrina, con un mínimo de seguridad, el régimen que la propia significación económica de la fundación empresaria demanda de manera indeclinable.

Uno de esos problemas necesitados de solución se refiere, precisamente, a la política jurídica y legislativa que habría de adoptarse para el tratamiento de las

---

<sup>1</sup> Por limitarnos al Derecho español, véase la clásica y fundamental obra de VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969; en el marco de la vigente legislación fundacional, LA CASA GARCÍA, R., “La fundación-empresa”, en OLIVENCIA, M./ FERNÁNDEZ NÓVOA, C./JIMÉNEZ DE PARGA, R., (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, XVII, Marcial Pons, Madrid, 2009, PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, EMBID IRUJO, J.M., “Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)”, *ADF*, 2010, págs. 15 y sigs.

modalidades mencionadas de fundación empresaria; es decir, se trata de saber si haría falta contemplarlas de modo separado o si sería posible una regulación común. Al margen de su idéntica naturaleza fundacional, resulta evidente la diferencia de estructura existente entre un supuesto y otro, que ha dado lugar a algunas consecuencias significativas en su tratamiento doctrinal. Entre ellas cabe destacar ahora la opinión mayoritaria de que sólo la fundación empresa merece, con arreglo al planteamiento clásico en la materia, la calificación de empresario. En dicho supuesto, como es notorio, la fundación ejerce la actividad empresarial en nombre propio y sin interposición de ente alguno entre la fundación y la empresa propiamente dicha, que viene, de este modo, a integrarse en la persona jurídica, la cual asume, por ello, las consecuencias patrimoniales que se deriven.

En el caso de la fundación con empresa, la evidente alteridad entre la persona jurídica y la actividad empresarial desarrollada, que se adscribe, al menos de manera formal, a la sociedad o sociedades en que aquélla participe, excluye el requisito del ejercicio en nombre propio a los efectos de su calificación como empresario. Del mismo modo, resulta dudoso que, por la indicada interposición subjetiva, vaya a asumir la fundación los resultados patrimoniales de la actividad empresarial indirectamente ejercida. A nuestro juicio, este planteamiento necesita una urgente revisión, a la vista, desde luego, de su incapacidad para explicar, precisamente, el punto de partida del debate, que no es otro, como sabemos, que la efectiva intervención de la fundación en la actividad de empresa residenciada en la sociedad o sociedades en las que participa. Desde un punto de vista funcional, hoy mayoritario a la hora de afrontar, desde el Derecho las realidades del mundo económico, no parece dudoso que la fundación con empresa merezca el calificativo de empresario.

Es cierto, con todo, que la reseñada diferencia de estructura entre ella y la fundación-empresa ha de tener consecuencias en su regulación por el Derecho. De este modo, y dicho de manera elemental, así como esta última puede ser tipificada en un código mercantil con arreglo a pautas ya suficientemente establecidas, la fundación con empresa, sin perjuicio de alguna alusión inicial en tal sentido, habrá de situarse en la órbita de las uniones de empresarios y, más específicamente, en el sector específico de los grupos. Ello se debe a que dicha fundación dirige la actividad empresarial desarrollada por las sociedades en las que participa, señalando pautas de organización comunes e impartiendo instrucciones de obligado cumplimiento por todas ellas. Se describe, con ello, la realidad de un auténtico grupo en el que corresponde a la fundación la titularidad de lo que se ha llamado en nuestro Derecho “unidad de decisión”, razón de ser de esta singular forma de empresa y elemento decisivo para su regulación jurídica.

No siendo, en sentido estricto, objeto de este trabajo el análisis detallado de las modalidades de fundación empresaria, basta, por el momento, con lo dicho, si bien en lo sucesivo será preciso aludir, si bien de manera sintética, a ambas figuras con motivo de las reflexiones relativas a su posible inserción en un código mercantil, hipotético o real.

### 2.3. La fundación como operador del mercado

No es una novedad referirse, en nuestro tiempo, a las fundaciones como “operadores del mercado”, calificación formulada en un principio por la doctrina<sup>2</sup> y que, recientemente, ha hecho suya el ACM. Sin entrar ahora en el contenido de este último, conviene destacar, desde luego, la modernidad del calificativo, que pone de manifiesto, entre otras cosas, la visión de nuestra figura no desde ella misma, sino desde su presencia, mayor o menor, en el mercado, como ámbito esencial del sistema económico. Una cosa es, por ello, la ordenación jurídica de la fundación, alrededor de sus caracteres distintivos, entre los que destaca, de manera primordial, el fin a cuya realización ha de consagrarse la actividad por ella desarrollada, y otra tomar en cuenta las repercusiones económicas, variadas y diversas, de esa misma actividad, las cuales constituyen el núcleo explicativo de su calificación como operador del mercado.

Cuando se utiliza esta fórmula para describir a una fundación (o a cualquier sujeto, sea persona jurídica o no, en un contexto similar) no se quiere decir que la misma sea titular de una actividad empresarial. Conviene distinguir, por ello, entre la fundación empresaria, a la que acabamos de referirnos, y la fundación como operador del mercado. En realidad, si se mira bien, ambos calificativos se mueven en planos diversos: de mayor o menor generalidad, de un lado, y de adscripción o no a la categoría jurídica de empresario. Desde el primer punto de vista, cuando se dice que la fundación es un operador del mercado se utiliza, obviamente, un registro sumamente amplio, susceptible de incluir a todos los ejemplos o modalidades de esta persona jurídica y, por lo tanto, también a la fundación empresaria, que es una fórmula de alcance más reducido. Desde el segundo, se advierte de inmediato que “operador de mercado” y “empresario” no son términos equivalentes, aunque puedan observarse en ellos algunas similitudes, las cuales pueden conducir, según se postula en los últimos tiempos, a que haya elementos compartidos en su específico régimen jurídico.

Esos elementos compartidos han de situarse, a nuestro juicio, en el ámbito de esa disciplina *in statu nascendi* a la que se denomina “Derecho del Mercado”, es decir, un sector del ordenamiento integrado de manera diversa por elementos de Derecho público y de Derecho privado, cuyo objetivo es delimitar un espacio normativo aplicable a todos los sujetos que actúen en el mercado, sean o no empresarios<sup>3</sup>. Por ello, resulta necesario reiterar que la noción misma de “operador del mercado” se está construyendo desde el mercado mismo, prescindiendo de las diferencias jurídicas e institucionales entre los sujetos que a él concurren, en beneficio de un tratamiento mínimo común. Las primeras

---

<sup>2</sup> Entre nosotros, BERCOVITZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, 9ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2008, págs. 132-139 y 215-220.; específicamente sobre las fundaciones, EMBID IRUJO, J.M., “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)”, *RVEH*, 7 (2003), págs. 85-87.

<sup>3</sup> Al respecto, IMMENGA, U., *El Mercado y el Derecho. Estudios de Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; con otra perspectiva, IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, 5ª ed., Il Mulino, Bologna, 2009. Entre nosotros, EMBID IRUJO, J.M., “Hacia la configuración jurídica del mercado (apuntes sobre las relaciones entre mercado y derecho)”, en AA.VV., *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, I, Universitat de València, Valencia, 2007, págs. 507 y sigs.

piezas de este Derecho, por lo que a la vertiente privada se refiere, provienen, como es notorio, del Derecho de la competencia, cuya normativa, tanto anti-trust, como represora de la deslealtad competitiva, se pretender imponer con carácter general.

No constituye, desde luego, materia de este trabajo profundizar en el concepto de “Derecho del Mercado”, ni tan siquiera perfilar los detalles tipificadores de los sujetos que, como operadores del mercado, en él actúan. Desde el punto de vista de las fundaciones, conviene señalar, eso sí, que no hay obstáculos derivados de su naturaleza jurídica y, en particular, del fin fundacional, que impidan aplicarles dicha calificación, solo en parte intuida, y no con pleno acierto, por nuestro legislador, cuando en el art. 24 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones (en adelante, LF) advierte de la necesaria aplicación de “las normas reguladoras de la defensa de la competencia” a las fundaciones que desarrollen actividades económicas. En realidad, el supuesto está pensando, más propiamente, para las fundaciones empresarias, respecto de las cuales la afirmación es, en cierto sentido, una obviedad; pero es útil anotar que para nuestro legislador no hay ajenidad entre la normativa fundacional y el sector del ordenamiento mencionado, lo que facilita el camino hacia la plena calificación de la figura como operador del mercado.

La noción de “operador del mercado” representa, así, un auténtico cruce de caminos entre el Derecho Mercantil clásico y las nuevas tendencias de ordenación del mercado, con decisiva presencia de otras ramas del ordenamiento jurídico. Parece claro, entonces, que la progresiva existencia del Derecho del Mercado es capaz de alterar algunos presupuestos básicos del modo de concebir el ordenamiento jurídico mismo. Pero puede conducir, asimismo, a la reconstrucción de la disciplina jurídico-mercantil, de modo que las particulares exigencias del mercado terminen influyendo en su contenido, respecto del cual el papel de la empresa será, quizá, menos determinante. Sin querer exagerar el relieve de la fundación, resulta evidente que dicha persona jurídica, como auténtico operador del mercado, y no sólo, en su caso, como empresario, está llamada a tener un papel significativo, más trascendente, tal vez, desde un punto de vista conceptual y no tanto desde la vertiente de su efectiva presencia en el mundo de las actividades económicas.

### **3. ¿CUÁL DEBERÍA SER EL LUGAR DE LA FUNDACIÓN EN UN CÓDIGO MERCANTIL DE NUESTRO TIEMPO?**

#### **3.1. Premisa**

Por todo lo que antecede, no parece razonable calificar de mera especulación el intento de formular, si bien de manera esquemática, los criterios que permitirían acoger en el seno de un hipotético código mercantil a la fundación como auténtica empresaria, o bien como mero operador del mercado. Y ello sin perjuicio de que, tanto en nuestro ordenamiento como en el Derecho comparado, se trate de una orientación insólita, de acuerdo, por lo general, con las ideas mencionadas en el epígrafe anterior. Conviene añadir, por lo demás, que el presente propósito se inspira en el deseo de reconciliar a la



codificación mercantil con las fundaciones que ejerzan actividades empresariales, cuestión que nos parece decisiva; y ello, por el convencimiento de que necesitan disponer de un régimen legislativo específico, que dé cuenta de su singularidad y permita un tratamiento adecuado a su significación en la realidad económica de nuestro tiempo. Más problemática, aunque no imposible, como demuestra el ACM, se nos antoja la inserción de la fundación, entendida como mero operador del mercado, en un código mercantil contemporáneo, por el mismo carácter *in fieri* de dicha noción, según ha habido ocasión de ver.

Por último, resulta obligado señalar, en este apartado introductorio, que las diferentes tomas de posición en torno a las cuestiones indicadas presuponen, como no puede ser de otro modo, preferencias concretas sobre los caracteres y el contenido, si se quiere de *lege ferenda*, de un código mercantil. Con todo, no constituye el objeto de nuestro trabajo debatir sobre la opción u opciones preferibles de política jurídica respecto de un código mercantil hipotético o, entre nosotros, el ACM; por ello, la alusión a semejantes asuntos evitará cualquier detalle, justificándose sólo por las exigencias de tratamiento del tema principal.

### **3.2. Apuntes sobre los criterios de inserción de la fundación empresaria en un Código Mercantil contemporáneo**

#### **3.2.1. El punto de partida**

A la hora de reflexionar sobre el tema enunciado en el presente epígrafe, hay que plantearse, como punto de partida, dos cuestiones distintas y sucesivas: en primer lugar, si la fundación empresaria ha de ser mencionada expresamente entre los sujetos (empresarios) a los que se aplicarán, en su caso, las normas de dicho código o si, en cambio, bastará con una formulación de orden general en torno a lo que haya de entenderse por empresario, quedando subsumidas en la misma todas las personas que cumplan los requisitos establecidos; en segundo lugar, si el hipotético código mercantil deberá contener el régimen específico de la fundación empresaria, del mismo modo que contendrá, en su caso, la correspondiente regulación de otros empresarios, como las sociedades mercantiles, o si será suficiente con algunas menciones concretas, quedando reservado el tratamiento más detallado de la figura a la normativa de fundaciones.

Antes de analizar las implicaciones de tales preguntas, cuestión que aquí sólo podrá ser esbozada, resulta obligado señalar que la contestación a la segunda parece presuponer, sin perjuicio de los matices a los que se aludirá de inmediato, la preferencia por la opción inicial de la primera pregunta; es decir, sólo si el código mercantil llegase a mencionar expresamente a la fundación empresaria entre los sujetos destinatarios de sus normas tendría sentido preguntarse por el alcance de su tratamiento en el mismo.

En abstracto, no parece dudoso que un código mercantil de nuestro tiempo deba perfilar con detalle su ámbito subjetivo de aplicación, mencionando expresamente las personas merecedoras de ser calificadas como empresarios, al comienzo de su regulación, según hace, como es bien sabido, el código español vigente. Ello resulta de especial interés en lo que atañe a las personas jurídicas, pues es, en dicho sector, donde

pueden surgir, con especial intensidad, los problemas que ahora nos ocupan. No parece necesario, con todo, que esa mención deba ser particularmente minuciosa, habiéndose de reservar el posible detalle a otros aspectos de régimen, como pueden ser, en particular, los relativos al Registro Mercantil y, más concretamente, la enumeración de los sujetos de inscripción obligatoria. Por lo que se refiere a la fundación empresarial, la mención ha de ser, a nuestro juicio, genérica, sin distinguir entre sus dos conocidas modalidades, teniendo en cuenta que la fundación con empresa deberá considerarse en el marco de la regulación de los grupos, otra materia que un código mercantil contemporáneo no puede ignorar.

Con todo, en esa mención inicial, y al margen de los sujetos que puedan ser calificados de empresarios por razón de la forma jurídica adoptada, habrá de acentuarse la idea del ejercicio material de la actividad de empresa, que pasará a convertirse constituye el dato decisivo para calificar a la fundación como empresario. Y ello ha de ser así para la fundación-empresa, en donde ese ejercicio se refiere a la empresa, propiamente dicha, inserta en el ámbito institucional de la fundación; pero también comprende a la fundación con empresa, donde ese ejercicio material se refiere a la dirección de la sociedad o sociedades en las que participa la persona jurídica fundacional.

Esta circunstancia, que acerca, en cierto sentido, nuestra figura a los empresarios personas físicas (sobre todo en el caso de la fundación-empresa), es una consecuencia inevitable de la necesaria separación entre “fin” y “objeto” o, quizá mejor, “actividad”, en el ámbito de la propia fundación, así como también en el que es propio de otras personas jurídicas, distintas de las tradicionalmente mercantiles, como las sociedades; si el fin, al menos en el ordenamiento español, ha de ser de “interés general”<sup>4</sup>, sólo el ejercicio efectivo de la actividad de empresa, en la forma matizadamente diferente que se ha expuesto, serviría para dar fundamento sólido a la consideración de la fundación como empresario.

En síntesis, la idea de que un hipotético código mercantil recoja en forma expresa el elenco de sujetos que merecen la calificación de empresarios parece, a nuestro juicio, claramente preferible frente a la alternativa de que se perfilen en forma genérica los caracteres de los empresarios, como sujetos destinatarios de sus previsiones. Además de la ya expresada “vocación de totalidad”, propia de los códigos, como instrumentos de técnica legislativa, son, sobre todo, razones de seguridad jurídica las que abogan por el planteamiento expresado. Conviene tener en cuenta, en tal sentido, que la tradicional incompatibilidad entre fundación y código mercantil, sólo se empezará a superar efectivamente cuando el acogimiento de aquella por éste –obligado en el caso de la fundación empresarial- sea expreso y no sólo deducible de formulaciones genéricas, necesitadas con frecuencia de complicadas interpretaciones, a fin de lograr su plena operatividad.

---

<sup>4</sup> Por muchos, CAFFARENA, J., “Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión”, *ADF*, 2009, págs. 30 y sigs.

### 3.2.2. Ubicación y alcance del régimen de la fundación empresaria en el Código Mercantil

Establecido, de este modo, el criterio inicial de inserción de la fundación empresaria en el código mercantil, se hace preciso pasar a la segunda pregunta planteada en el epígrafe anterior y que se refiere, como se recordará, a la ubicación y alcance de su régimen jurídico en dicho texto. Se trata, en realidad, de dos cuestiones (el “dónde” y el “cuánto” de la disciplina pretendida) conectadas entre sí, por lo que, sin perjuicio de que quepa verlas, en ocasiones, de manera separada, aquí se considerarán conjuntamente.

Afirmada, entonces, la idea de que la fundación empresaria es acreedora de un adecuado tratamiento jurídico, del que, por lo común, carece en la actualidad, se hace preciso determinar, a continuación, si el mismo ha de insertarse exclusivamente en el código mercantil o si ha de ser compartido entre este último y la legislación fundacional<sup>5</sup>. Para responder a tal interrogante y averiguar el lugar de la fundación en el hipotético código mercantil del que venimos hablando, no parece decisiva la vocación de totalidad, invocada en anteriores ocasiones, que corresponde a una pieza legislativa de semejantes características. Y no lo es, porque si dicha vocación implica la necesidad de acoger, al menos nominalmente, a quienes merezcan de manera indiscutible la calificación de empresario, no significa, en cambio, que su inserción en el código mercantil haya de ir acompañada de una regulación completa. Los ejemplos, en tal sentido, serían múltiples y bien visibles, por lo demás, en todos los ordenamientos, donde el volumen de legislación relativa a empresarios, sobre todo sociedades, dotados de alguna especialidad, es ciertamente considerable.

Aunque la cuestión planteada podría merecer respuestas diversas, nos parece más adecuado proponer una suerte de competencia compartida entre el código mercantil y la legislación fundacional. Ello se debe, como ya se ha dicho, a que la fundación empresaria, cuando ha sido objeto de consideración por el legislador, se ha considerado como una modalidad más de fundación, sólo necesitada de algunas menciones específicas en el ámbito del Derecho de fundaciones. No obstante, resulta pertinente, a nuestro juicio, que el código mercantil, además de mencionar la figura entre el elenco de empresarios en él contemplados, le dispense también algún tratamiento más detallado que permita delimitar su perfil jurídico de una manera más precisa<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Marginamos la hipótesis de que dicho régimen se contenga exclusivamente en la legislación fundacional, no porque sea absurda o irreal, a la vista de que, en la actualidad, es la única existente, sin perjuicio de sus limitaciones. La marginación se debe a que, en el marco de las reflexiones desarrolladas en texto, carece de sentido, dado que, a nuestro juicio, un hipotético código mercantil que se elabore en el tiempo presente no puede ignorar, al menos en sus fundamentos, el régimen de un sujeto, como la fundación empresaria, objetivamente inserto en el ámbito natural de sus previsiones. Con todo, el reciente Anteproyecto de Ley de Fundaciones, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del 29 de agosto de 2014, aun admitiendo la posibilidad de que las fundaciones desarrollen “actividades mercantiles” (art. 23, 1º), ve la idea misma de la fundación empresaria (terminología ajena a sus previsiones) con criterio restrictivo, lo que le lleva a prescindir de algunas normas contenidas en la vigente LF y, lo que nos parece más delicado, deja en el limbo, en apariencia, la modalidad de fundación con empresa. Quedan al margen de su regulación, no obstante, las fundaciones bancarias, que se regirán por lo dispuesto en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

Con ese criterio de mayor ambición reguladora del código mercantil respecto de la fundación empresaria, no nos referimos, claro está, a las normas comunes a todos los empresarios y que forman el estatuto jurídico de esta categoría de sujetos, cuya aplicación, por lo demás, habrá de ser inmediata y directa a la fundación empresaria<sup>7</sup>. Tampoco se quiere aludir a la regulación de modalidades especiales de la persona jurídica fundacional, ámbito éste que empieza a adquirir cierta consistencia, sobre todo al hilo de las importantes reformas habidas en el sector financiero como resultado inmediato de la crisis económica<sup>8</sup>. Aunque aquí no nos parece tan segura la respuesta negativa como en el caso anterior, entendemos preferible que el grueso de la normativa sobre las presentes y, en su caso, futuras fundaciones especiales se afronte en la regulación predispuesta para ellas.

Al afirmar la conveniencia de que un hipotético código mercantil contenga algunas normas específicas sobre la fundación empresaria, más allá de los preceptos integrantes del estatuto del empresario, nos referimos a diversas cuestiones, que sólo pueden exponerse aquí de manera sintética. En tal sentido, el código debería “tomar postura” ante ciertas cuestiones de orden general, como la naturaleza misma del régimen jurídico propio de la fundación empresaria (con independencia de donde fuera a contenerse); es decir, si se trataría de una regulación imperativa o, al contrario, ampliamente propicia a la libertad contractual; pero, del mismo modo, el código mercantil debería contener alguna previsión sobre el Derecho supletorio aplicable a la fundación empresaria, a la vista de la tradicional insuficiencia de la normativa fundacional para contemplar aspectos básicos de su régimen jurídico.

A pesar de su indudable interés, la primera de las cuestiones indicadas no ha sido abordada con el rigor necesario, sin perjuicio de que, fuera de la amplia libertad del fundador para constituir una persona jurídica de tal naturaleza, buena parte del Derecho específico aplicable a las fundaciones (y también, por ello mismo, a la fundación empresaria) sea de naturaleza imperativa. Es verdad, con todo, que este tema podría abordarse por el legislador de manera individualizada, señalando a propósito de cada figura o norma concreta el margen de maniobra de la libertad contractual. No es dudoso, por lo demás, que a la hora de regular la fundación empresaria sería conveniente

---

<sup>7</sup> La aplicación a la fundación empresaria del Derecho contable mercantil no plantea, en principio, mayores problemas, ya que, incluso, la propia legislación fundacional vigente entre nosotros –otro es el camino del Anteproyecto de Ley de Fundaciones– la admite con toda claridad. Distinto es el supuesto de la inscripción en el Registro Mercantil, materia necesitada de tratamiento expreso. Podría pensarse, no obstante, que bastaría con imponer la inscripción registral a la fundación empresaria para dar por finalizado el asunto. Sin embargo, la necesidad de partir del ejercicio material de la actividad de empresa por parte de la misma a fin de conseguir la calificación de empresario, de acuerdo con lo que se ha advertido más arriba (cfr. *supra* 3.2.1.) inclina a pensar en una inscripción puramente potestativa, en la línea, de nuevo, con el empresario persona física. Tal idea, por otra parte, parece recomendable con independencia de que nos encontremos ante una fundación-empresa o una fundación con empresa; en este último caso, sin embargo, habrán de tenerse en cuenta las reglas propias del Derecho de grupos relativas a la inscripción en el Registro Mercantil de la integración o salida de sujetos, por lo común, sociedades, en el ámbito del grupo dirigido por la fundación, de acuerdo con lo que, por ejemplo, se establece en el ACM.

<sup>8</sup> Nos referimos, en particular, a las fundaciones bancarias, a las que se alude *supra* nota 5. Algo parecido podría decirse de las cajas de ahorros, reguladas también en la Ley 26/2013, cuya naturaleza fundacional se acentúa frente a la situación inmediatamente anterior.

reconocer un amplio papel a la autonomía de la voluntad, en línea con lo observado a propósito de otros empresarios, sobre todo las sociedades mercantiles de capital.

La previsión de alguna normativa supletoria respecto de la fundación empresarial constituye un segundo tema de contemplación necesaria por el código mercantil con motivo de su regulación. No ignoramos que esta materia puede resultar un tanto sorprendente, dado que la mayor parte de los sujetos merecedores de la calificación de empresario no dispone de un régimen de cobertura para las posibles insuficiencias o lagunas derivadas de su regulación específica. El caso de las fundaciones (y, muy en especial, de la fundación empresarial) es, sin embargo, distinto, y se deduce, como ya se ha señalado, de la tradicional insuficiencia normativa en la materia, no superada hasta el momento, al menos si se observa con cuidado la situación de los ordenamientos jurídicos más representativos.

Por los motivos expuestos, la referencia al Derecho supletorio en materia fundacional se está abriendo paso desde hace tiempo en la legislación española a propósito de algunas fundaciones especiales, como son las cajas de ahorros y las fundaciones bancarias, sin que, por otra parte, sea siempre el Derecho “general” de fundaciones la norma de cobertura. En tal sentido, el recurso al Derecho de sociedades de capital se consolida con el paso del tiempo, seguramente por el hecho de su creciente influjo en la elaboración misma de la normativa fundacional, algunas de cuyas instituciones centrales han recibido la impronta de figuras bien contrastadas en el ámbito societario.

No es posible extenderse aquí mucho más sobre el posible régimen codificado de la fundación empresarial. Parece conveniente, en todo caso, que el código mercantil se pronuncie sobre aspectos básicos en materia de organización y funcionamiento de la figura; resulta a todas luces manifiesto que la mera existencia del patronato no es suficiente para articular debidamente la complejidad propia de la fundación empresarial, por lo que, a nuestro juicio, y siguiendo, así, tanto la experiencia práctica como las recomendaciones doctrinales, el código debería pronunciarse, aunque fuera de manera sintética, sobre su estructura orgánica, evitando remitir tan trascendental asunto al simple juego de la autonomía de la voluntad.

Algo similar procedería respecto de un asunto tan candente como las modificaciones estructurales en sede fundacional, susceptible, por otra parte, de incrementar su protagonismo respecto de la fundación empresarial. La cuestión es, sin duda, difícil, a la vista del entrecruzamiento de intereses que tales modificaciones traen consigo, en términos generales, pero también por la singularidad de la persona jurídica fundacional, que no propicia su interacción, a tales efectos, con otros agentes económicos, como las sociedades mercantiles. Se hace difícil, de este modo, determinar cuál debería ser no sólo la política legislativa, sino, sobre todo, la política jurídica en materia de modificaciones estructurales, más allá de su tratamiento en el ámbito exclusivo de las sociedades. A nuestro juicio, habría que comenzar por disipar dudas en torno a la validez plena de las modificaciones estructurales heterogéneas, es decir, que la fundación pudiera intervenir en tales procedimientos en pie de igualdad con las sociedades mercantiles, al tiempo que fuera punto de partida y destino de dichos procedimientos, con independencia de quienes participaran en ellos.



### **3.3. Sobre la inserción de la fundación, como mero operador del mercado, en un Código Mercantil contemporáneo (remisión)**

Como posibilidad alternativa a la hora de ubicar a la fundación en un hipotético código mercantil, encontramos la de contemplar exclusivamente a dicha figura como mero operador del mercado, de acuerdo con el significado, no del todo preciso, de esta categoría en los términos antes enunciados. Si no es frecuente que los códigos de tal naturaleza se ocupen de una figura, como la fundación empresaria, presumiblemente inserta en los criterios de política jurídica que presiden su elaboración, resulta del todo insólito el acogimiento de la indicada categoría, bien de modo genérico, bien referida a las fundaciones. Sin perjuicio del efectivo relieve en la realidad económica de la noción de operador del mercado, es lo cierto que su carácter reciente, los problemas inherentes a su delimitación, así como las dificultades de separarla del concepto, más aquilatado normativamente, de empresario, no han facilitado su asunción por los códigos mercantiles. Puede entenderse que, dadas tales circunstancias, suspendamos aquí el análisis del problema, remitiendo al lector al epígrafe siguiente, donde se analiza el relieve de la noción de operador del mercado en el ACM.

## **4. ¿CUÁL ES EL LUGAR DE LA FUNDACIÓN EN EL ACM?**

### **4.1. Premisa: la fundación no existe nominalmente para el ACM**

Lo primero que cabe decir del ACM, desde el punto de vista del criterio subjetivo adoptado para la aplicación de sus normas, es su originalidad y modernidad, al haber centrado en la noción de operador del mercado –sin perjuicio, eso sí, del relieve del empresario- buena parte de su sistema institucional. No es objeto de nuestro estudio profundizar en cuestiones tan relevantes, sino precisar, en lo posible, si la fundación, como persona jurídica ocupa algún lugar concreto dentro de la regulación del ACM.

A este respecto, hay que partir de una premisa con contenido negativo: salvo error por nuestra parte, no hay referencia alguna a la fundación en el ACM. Eso no quiere decir, obviamente, que dicha persona jurídica, sin entrar ahora en sus diversas configuraciones, no pueda verse afectada por la disciplina establecida en dicho texto. Aunque esa afección puede parecer, en bastantes casos, puramente teórica, resulta indudable que la fundación empresaria, por el hecho de serlo, o cualquier fundación, cuando merezca el calificativo de operador del mercado, no podrán considerarse ajenas a las normas que, sobre ambos supuestos, establece el ACM.

No otra cosa cabe deducir de lo que previene el art. 001-2 ACM, cuando contempla a la noción de operador del mercado como criterio general de delimitación subjetiva de su disciplina, incluyendo dentro de ella a los empresarios, que vendrían a ser, en cierto sentido, operadores del mercado singularizados o cualificados. Por lo indicado, no es improcedente dedicar algunas líneas a valorar, desde esta perspectiva, el relieve de la fundación empresaria y, más gen general, de la fundación como mero operador del mercado en el ACM.

## 4.2. La fundación empresaria y el ACM

Sentado este criterio, debe decirse, a renglón seguido, que el régimen de la fundación empresaria se vuelve problemático, en el marco del ACM, desde el mismo momento en que se afirma su particular carácter. La ausencia de toda mención a nuestra figura en dicho texto<sup>9</sup> dificulta, incluso, la aplicación inmediata del estatuto del empresario, sobre todo en lo que se refiere a su potencial inscripción en el Registro Mercantil; en este sentido, al delimitar lo que se entiende por sujetos inscribibles, el art. 140-2 ACM no alude, desde luego, a la fundación, pero tampoco a la fundación empresaria, lo que dificulta obviamente su inscripción, no obstante ser el Registro Mercantil “el instrumento de publicidad jurídica de los empresarios” (art. 140-1 ACM). No sucede lo mismo, en cambio, con el deber de contabilidad, cuya aplicación a nuestra figura se hace posible no tanto por el ACM, como por la legislación específica de las fundaciones (art. 25, 9º LF).

Nada hay, entonces, en el ACM que permita esbozar, aunque sea en germen, el régimen jurídico de la fundación empresaria ni, del mismo modo, las líneas elementales de política jurídica sobre la misma. Por tal razón, no hay, en principio, fundamento, para la competencia compartida que, en punto a su regulación, habíamos propuesto anteriormente<sup>10</sup>; se desplaza, así, dicho objetivo hacia el Derecho de fundaciones, lo que permite justificar la idea, ya clásica entre nosotros, de que la fundación empresaria carece de especialidades suficientes frente a la fundación ordinaria que justifiquen la elaboración de un régimen sustantivo para ella. Sin discutir ahora dicho planteamiento, hay razones para entender que se está perdiendo una buena oportunidad para ampliar y mejorar la regulación de la fundación empresaria, tarea a la que no debería permanecer ajeno el ACM.

Con todo, no parece prudente soslayar el relieve que podría derivarse, para nuestro tema, del art. 001-4 ACM cuando al ocuparse de la jerarquía de las normas advierte en su apartado primero que “en las materias mercantiles que se rijan por legislación específica en razón de la naturaleza de la persona o de la actividad, serán de aplicación supletoria las disposiciones de este Código”. Aunque esta cláusula, también relevante para los operadores del mercado, no sirve para soslayar los problemas advertidos, tiene indudable interés por convertir al ACM en Derecho supletorio del régimen de la fundación empresaria, vinculando su tratamiento específico en el Derecho de fundaciones a las previsiones generales para los sujetos que, como ella, merezcan el calificativo de empresarios. Pero, del mismo modo, facilita la cobertura de las numerosas lagunas existentes en el régimen de la fundación empresaria mediante el

---

<sup>9</sup> A pesar de que no parece dudosa su condición estricta de empresario, con arreglo a lo dispuesto en el art. 001-2, 1, a), 2º ACM, cuando advierte que merecen tal calificativo “las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en el número anterior”. Sin entrar ahora en temas esencialmente dogmáticos, como la distinción entre “fin” y “objeto” en las fundaciones, sumariamente aludida con anterioridad (cfr. *supra* 3.2.1.), resulta inevitable la anterior conclusión, teniendo en cuenta que el ACM menciona expresamente como empresarios a las sociedades mercantiles, lo que restringe el ámbito de posibles sujetos subsumibles en la norma mencionada a las restantes personas jurídicas reconocidas en Derecho español, entre ellas, desde luego, las fundaciones.

<sup>10</sup> Cfr. *supra* 3.2.2.

recurso, como Derecho supletorio, a las normas predispuestas para ciertos empresarios, como las sociedades mercantiles, cuya cercanía con las fundaciones constituye hoy un hecho progresivamente consolidado.

#### **4.3. La fundación como operador del mercado y el ACM**

Dentro de los operadores del mercado, categoría que, como se ha señalado, sirve al ACM para delimitar, desde el punto de vista subjetivo, su ámbito de aplicación, se incluyen [art. 001-2, 1, c)] “las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza u objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo”. Sin entrar ahora en los muchos detalles que plantea la averiguación precisa de su contenido, basta ahora con decir que se tratará, como criterio común de delimitación, de una actividad de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluyendo en dicho ámbito las actividades agrarias y las artesanales. Cualquier actividad de semejante naturaleza, con destino al mercado, que desarrolle una fundación, en su propio nombre o a través de un representante, generará para ella la calificación de operador del mercado, con las consecuencias establecidas a tal efecto en el ACM.

Para la indicada formulación, nos hemos servido, como resulta evidente, del enunciado establecido en el ACM para calificar a una persona física como empresario, lo que plantea uno de los problemas fundamentales que suscita de inmediato la noción de “operador del mercado”; es decir, el modo de distinguirla del concepto de empresario. Pero, como también se habrá observado, hemos decidido prescindir del carácter organizado de tal actividad, sin mencionar, del mismo modo, si se desarrolla de modo permanente, circunstancia, por lo demás, eludida por el ACM a propósito de la persona física empresaria, quizá por entenderla implícita en la organización. Presuponemos, en todo caso, que la actividad es económica, pues, de lo contrario, resultaría absurdo el calificativo mismo de “operador del mercado” postulado por el ACM.

Las consecuencias que el ACM deduce de semejante calificación están desperdigadas a lo largo de su amplio contenido y tienen en común, intentando resumir la complejidad del tratamiento y sus muchos matices, el hecho de ver a los distintos operadores del mercado, sin distinción entre ellos, “desde el exterior”, es decir, desde el mercado mismo. No contemplan, en principio, su vertiente interna, en lo relativo, sobre todo a su articulación organizativa, lo que, en nuestro caso, supone reservar al Derecho de fundaciones la regulación íntegra de dichas personas jurídicas. Ha de quedar claro, en todo caso, que las piezas fundamentales relativas a la ordenación jurídica del mercado, como es, en particular, el Derecho de la competencia, serán aplicables a las fundaciones en cuanto meros operadores del mercado, sin requerir, por tanto, que sean, a la vez, empresarios.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Un código mercantil de nuestro tiempo debería prestar atención a la fundación empresaria, y quizá también a la fundación como mero operador del mercado, dictando, sobre todo en el primer caso, algunas normas que facilitaran el encaje de esta singular modalidad de empresario en su ámbito regulador. Y, en todo caso, convendría mencionarla expresamente, evitando la tentación de contemplarla sólo, y en su caso, como miembro de una categoría determinada, bien de las personas jurídicas, bien de los operadores del mercado. El ACM asume la importancia actual de esta última categoría, a la que convierte en elemento delimitador de su ámbito subjetivo de aplicación; pero no ha considerado necesario mencionar expresamente a la fundación y, menos, sacar consecuencias, de un lado, de la propia naturaleza de la fundación empresaria, ni, de otro, establecer alguna consecuencia relativa a su vertiente interna en el caso de que se califique como operador del mercado.

Por derivarse este último concepto del propio mercado, podría pensarse que el ACM nada debería decir de los aspectos internos relativos a los sujetos integrantes del mismo; esta postura que, como regla general, podría tener una cierta corrección, termina, por el propio contenido de la noción empleada, equiparando a sujetos del todo heterogéneos por razón de su naturaleza jurídica o su estructura interna, lo que quizá no sea la mejor política legislativa. Se podrá decir, desde luego, que el mercado, y su Derecho regulador, no necesitan preocuparse de lo que sea, jurídicamente hablando, un concreto operador del mercado, o de cómo se organice desde el punto de vista interno; pero la necesaria unidad del ordenamiento jurídico obligará a tener en cuenta esas circunstancias en caso de que surja un conflicto en el que dicho operador pueda verse involucrado.

A la vista de que, por último, el ACM empiece a recorrer el camino que puede llevar a convertirlo en normativa vigente, sería bueno, a nuestro juicio, ocuparse del posible lugar que en su seno habría de corresponder a las fundaciones. No parece orientarse por ese camino, sin embargo, el reciente Anteproyecto de Ley de Fundaciones, que, además de acentuar el tratamiento exclusivo de la fundación empresaria por la legislación específica de estas personas jurídicas, restringe, sin razón aparente, el alcance y las posibilidades de desarrollo de tal figura sin tomar en cuenta, por otro lado, el posible papel de las fundaciones como operadores del mercado. Da la impresión, además, de que este texto intenta mantener alejadas a las fundaciones que desempeñan actividades mercantiles de cualquier consideración que las sitúe, aunque sea de manera limitada, en la órbita del Derecho Mercantil. Al margen, en estos momentos, del acierto o desacierto que pueda acompañar al mencionado Anteproyecto, resulta obligado plantearse en el contexto de una norma tan importante como el ACM, el relieve que, como operadores del mercado y también como auténticos empresarios, podría corresponder a las fundaciones. Entre el silencio del ACM y la aparente frialdad del Anteproyecto de Ley de Fundaciones, la fuerza de los hechos, como acredita la progresiva intervención en el mercado de numerosas fundaciones, ha de impulsar el necesario debate sobre los temas tratados en el trabajo que ahora concluye.